

商事判例研究

早稲田大学商法研究会

四四 社員二名の合名会社における社員の除名の可否

平成三年二月一七日山形地裁酒田支部判決（昭和五九年（ワ）第五号社員除名請求事件）判例時報一四二五号一二七頁、判例タイムズ七八三号二三一頁——請求認容（控訴）

〔判示事項〕 一 社員二名の合名会社において、社員の一名が他の社員を除名することができる。

二 商法八六条一項五号の「其ノ他重要ナル義務ヲ尽サザルコト」に該当するとされた事例。

〔参照条文〕 商法八六条

〔事実〕 一 原告Xは酒類の醸造・販売等を目的とする合名会社で、現在の社員は被告Yと訴外Aの二名である。

二 Xの目的とする酒類の醸造・販売等のもととYの祖父Bが営んでいた個人事業を、Yの父Cが承継したものである。XはCの死後、その個人事業を会社組織にするために、昭和九年一〇月二五日、Bの妻D、同人らの子E、F、G、HおよびCの長男Y（当時未成年者であり、母であるJが財産管理を辞任したため、Eが後見人に就任した）を社員として設立された。その後、昭和十一年一〇月二五日、AがDの持分の一部を譲り受けて原告の社員となった。社員は次々死亡し前述の通り現在の社員はYとAのみである。

三 Xの代表社員はもともとDとEであったが、同人らが死亡後は、他の社員らはいずれも遠隔地で別個の職業に就いていたため、Eの子でE死亡の二年前からXの従業員として働いていたIに日常の業務執行を委任していた。そして、Xの社員がYとAの二名になると、Aが事実上業務執行を行う社員として、日常の業務執行をIに委任し、これを受けたIはX代表者Aの名義でXの業務を遂行するようになり、決算報告や重要な取引等について、Aに適宜報告をしたり同人と協議するなどしていた。

なお、Xの社員総会において、IをXの社員に加えることが審議されたことがあったが、Yがこれに強く反対したため、結局現在に至るも同人を社員に加えることができない状態にある。

四 一方、Yは昭和二二年に司法修習生に採用された後、検察官に任官し昭和五年一月一日まで検察官の職に就いていた。そのため、YはXの社員の地位にあり、その報酬もY名義の銀行口座に振り込まれていたにもかかわらず、Xの社員総会の通知を受け取ってもほとんど出席せず、業務執行に従事することもなかった（ただ、X側としても、この間Yが検察官の職にあり、Xの業務執行に従事しないことであえて異議を唱えなかった）。

なお、この間、Yは昭和四七年五月一日、Aとの間で何ら協議することなく独断で、山形銀行内川支店長に対し、「Fは、五月七日死亡に付き退社し、YがX代表者に就任しました。ついては、取引は、別紙の印鑑によられたく、お届け申し上げます。」旨の手紙を出したことから、これを聞いたAの代理人弁護士から書面で「現職の検察官として、会社の代表者として行動することは、法律上妥当でないと考えます。」との通知を受けるといことがあった。

また、Yは、検察官を辞任したのちも東京都内に居住し、Xの業務執行に従事していないうえ、Xの店舗に来訪した折にはかえってXの従業員に暴言を吐き、同人を困惑させるといことがあった。

五 Yは、かねがね、Xの設立当時、亡Dおよび亡EらはYが未成年者であったことを奇貨として、Yの母JおよびYを取り囲み、暴力づくでJをして財産の管理を辞させYの後見人に就任したうえ、その地位を利用してほしいままに、Yが家督相続により取得した資産および亡Cの酒造業の営業権を、Xの資産とするとの名目のもとに侵奪したのと思っていた。その意味でXの設立自体が不当なものであると考えていた。さらに、Yが終戦後復員してYらの家系で代々受け継

がれてきた名前を襲名した際、当然Xの代表社員に加えられるものと信じていたのに、亡Dおよび亡Eらによって排斥されたうえ、現在XはあたかもIの家業のように、同人の勝手気ままになされているとしてXの存続、経営体制に強い不満を有していた。

Yは、Xを自ら退社する意思はなく、逆に昭和五六年五月六日、Xに対し、解散の訴を山形地方裁判所酒田支部に提起し、昭和六〇年一月三十一日に敗訴するや控訴したが、平成元年二月二十五日に右訴を取り下げている。

六 要するに、Yは検察官在任中はもとより、X設立後現在に至るまで、Xの業務執行を現実にしなかっただけでなく、真にそのような意思もなかったたのであり、YがXに対し解散の訴を提起したことには、AやIの実際の業務執行の当否とは別に、X設立の経緯やその後の事情を客観的事実に即して理解せず、亡Dおよび亡Eら、ひいてはAやIに対する強い憤懣の情が背景をなしていた。

七 Xは、長期間にわたるYの業務執行不従事とXに対する不当な解散の訴の提起とを理由に、Yの除名を請求した（もつとも、XはYによるXの金員に対する不法領得行為をも主張しているが、裁判所は、故意によるものでないこと等を理由にこれを認めていない）。

これに対し、Yは本案前の主張として、社員二名の合名会社にあつては社員の一が他の社員を除名することはできない（大判明治四二年一〇月一三日民録一五輯七七二頁、大決大正一二年一月二〇日民集二巻一号八頁等）として、本件の訴は不適法である旨主張するとともに、本案請求についても争った。

〔判旨〕

一 本案前の主張について

当裁判所は、以下の理由から、社員が二名の会社においても社員的一名が他の社員を除名することができるかと解する。すなわち、まず、商法八六条は、社員の除名を裁判所に請求するには、他の社員の過半数の決議があることを要件としているが、これは社員が三名以上の通常の場合を規定したものとみることができ、このような形式的な理由のみで、社員が

二名の会社につき除名を一切否定するのは不合理である。また、X（Yの誤りか——評釈者注）が挙げる大判明治四二年一〇月一三日民録一五輯七七二頁、大決大正一二年一月二〇日民集二卷一号八頁等は、社員が二名の会社において除名を肯定すると、会社は当然に解散し、会社の存続を図る法の趣旨に抵触することを理由に、除名は認められないと判示しているけれども、これらは昭和一三年の商法改正前の判例であり、右改正により、社員が一名になった場合でも新たな社員を加えて会社を継続できるものとなった（九五条二項）ことにかんがみると、右判例はもはや現行法のもとでは妥当せず、会社の解散を生ずるとの理由で除名を否定する必要はなくなったと解される。

二 本案請求について

Xの社員であるAとYとの感情的対立は激しく、その信頼関係は完全に破綻し、両名が一致協力してXを継続することはもはや困難であると言わざるを得ず、（中略）Yは、Xが設立されて以降、真にXの業務を執行する意思を有せず、現実にも業務を執行することがなかったにもかかわらず、かねてから亡D及び亡EらがYの財産を侵奪してXを設立し、かつ、YをXから排除排斥したなどと恨みを持ち、ひいてはAやIに対しても強い憤懣の情を抱くに至ったことから、約三〇年間在職した検察官を辞任すると、翻って検察官よりXの醸造業に従事しなかったなどと言いついて、同人らの業務執行を一方的に非難し、ついには、Aが事実上業務執行に従事しているXに対し、解散の訴を提起したと認められる。

そうしてみれば、Yには、重要な義務（商法七〇条、六八条、民法六七一条、六四四条）違反があり、しかも、その主観的情状は重いとすべきである。

したがって、Yには商法八六条一項五号に該当する除名事由があると認めるのが相当である。

〔評釈〕判旨反対（判旨第一点には賛成、第二点には反対）

一 社員二名の合名会社において、会社は社員のうちの一名の除名を裁判所に請求できるか。

1 まず、Yの本案前の主張について検討する。商法八六条一項の文言によれば「会社ハ他ノ社員ノ過半数ノ決

議ヲ以テ其ノ社員ノ除名(中略)ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」とされている。この場合、「他の社員の過半数の決議」と法文にあることにより、「合名会社の社員が二人なる時は除名があり得ない」との見解もある(田中誠二ほか・四全訂コンメンタール会社法一一三頁。なお、昭和一三年改正前の商法七〇条の「他ノ社員ノ一致」との文言につき、大阪控判明治四二年五月二五日法律新聞五八七号一三頁は、「除名セラレベキ者以外ノ複数社員ノ意思ノ相合致シタル場合ヲ指スモノニシテ一社員ノ単独意思ニ出ル場合ノ如キハ之ヲ包含セザルモノナルコト文理解釈上疑ナキ所」であると判示する)。しかし、これは、本判決が述べるように、通常の場合を規定しているにすぎないと解することもできる(大隅健一郎「合名会社の社員決議(1)」法学叢書三八巻一号六二頁、大隅II今井・会社法論上(第三版)九七頁。なお、昭和一三年改正前の商法七〇条の「他ノ社員ノ一致」との文言につき、片山義勝・会社法原論(第八版)一七七頁)。実際、例えば、商法七四条二項は競争取引を行った社員以外の過半数の決議により介入権を行使することを認めるが、かかる文言解釈が普遍的、絶対的なものであるとすると、社員二名の合名会社においては介入権が認められないこととなるが、これは不都合ではなからうか(片山・前掲書一七七頁、昭和一三年改正前の商法六〇条二項についてこの点を指摘する。なお、大野實雄「合資会社における社員除名」(旧)商法演習III一一三頁)。また、過半数とは数字で表現すれば五〇%超のことであるが、他の社員一名が賛成しているという状態は他の社員の一〇〇%の賛成を得ていると評価することも可能であろう(片山・前掲書、一人の社員の意思は、他の社員なきときは実質上他の社員的一致と同一の法律上の価値を有するものとみて差し支えないという)。そうであれば文言如何は決定的な理由にはならないものと考ええる。

2 本判決の実質的理由とするところは、①除名は、会社の存続を図るためのものであるところ、社員が二名の合名会社において除名を認めると、会社は解散せざるを得ず、そうすると、社員二名の合名会社においては除名は認められない(Y引用の大審院判例)かのようにであるが、②昭和一三年の商法改正により社員が一名となっても会社継続の可能性が認められたため(商法九五条二項)、現在においてはそう解する必要はない、という点にある。そうす

ると思考の順序としては、まず右の大審院の考え方、とりわけその大前提である除名は会社の存続を図るためのものかを検討し、そののちに、昭和十三年改正によってこの点についていかなる影響が及ぼされたかを考察すべきことになる。以下少し詳しく論じてみたい。

3 そもそも昭和十三年改正前商法七〇条は、合名会社において除名されるべき社員以外の全員一致の決議で、その社員を除名することを認めていた(訴によることは不要であった)。他方、現行商法九五条二項のような規定はなく解散後の会社継続の可能性を認めていなかった(ちなみに、合資会社においては有限責任社員の全員が退社した場合、会社に残存する無限責任社員的一致で合名会社として会社を継続することが認められていた——昭和十三年改正前商法一一八条一項)。したがって、社員二名の合名会社において社員の除名を認めるということは、会社継続の可能性のない解散を招来することを意味し、そこで、会社継続が不可能な場合にも社員を除名できるか、ということが問題とされたのである。大審院判例はこれを否定して以下のように述べた。「商法第七〇条ニ所謂他ノ社員ノ一致トハ除名セラルヘキ社員ノ外尚ホ複数ノ社員アリテ其者等ノ意思ノ合致ヲ謂フモノニシテ社員ノ除名ハ会社カ三名以上ノ社員ヨリ成ル場合ニ於テ有効ニ行ハルヘキコトヲ知ルニ足ルノミナラス法律カ会社ノ解散ノ外除名ニ因ル社員ノ退社ナルモノヲ認ムル所以ハ一ニ会社ノ存続ヲ図リ其解散及ヒ新設ノ不利ヲ免レシメンカ為メナリ然ルニ会社カ二名ノ社員ヨリ成ル場合ニ於テモ除名スルコトヲ得ルトキハ会社ハ商法第七四条第五号ニ依リ当然解散スヘク法律カ存続ヲ図ル趣旨ニ抵触スルヲ以テ斯ノ如キ場合ニ於ケル除名ハ到底許ス可キモノニアラス」(大判明治四二年一〇月二三日民録一五輯七七五頁、なお、Yの引用するもう一つの大審院判例である大決大正一二年一月二〇日民集二巻一号八頁は、無限責任社員一名、有限責任社員二名の合資会社の無限責任社員の除名の事例である)。すなわち、解散以外に除名を認めたのは会社の存続を図るためであるところ、社員二名の合名会社において除名を認めると社員が一人となることにより当然会社が解散することとなつてしまい、除名を認めることはできない、というわけである。学説上もかかる見解が多数説であった(松本丞治「日本会社

法論五五九頁、六三八頁、田中誠二・会社法提要二二一頁、二六五頁、烏賀陽然良・判批・法學論叢一一卷六号九四頁など。これに対し反対説として、片山・前掲書一七八頁、山尾時三・判民大正一二年度二事件八頁、田中耕太郎・判民昭和八年度九九事件三八〇頁など。なお現行商法八六条について、除名を否定する見解として、田中誠二・三全訂会社法詳論下一二四四頁、田中（誠）ほか・前掲コメントール一一三頁など。これに対し、これを肯定するものとして大隅¹¹今井・前掲書九七頁、山口幸五郎・会社判例百選（新版）二五七頁、上柳克郎ほか編・新版注釈会社法(1)三三三頁、三三八頁「古瀬村邦夫」など。また民法上の組合について、民法六八〇条本文の「他ノ組合員ノ一致」による除名に関して組合員が二名の場合に除名を否定するものとして、宮崎地判大正七年四月一日法律新聞一三九八号二七頁、我妻栄・債権各論中二（民法講義V）八三四頁）。たしかに除名が会社の存続をその絶対的な要件とするものであれば、判例の立場は当然に是認されることとなろう。

しかしながら、なぜ除名は会社の存続を前提にするのかについては、右の判決は直接明示しておらず、また、学説においてもこの点は必ずしも明らかではない（この点を指摘するものとして、山尾・前掲八頁）。少なくとも、法文上の根拠はなく（田中（耕）・前掲三八〇頁）、自明のことであるとまでは言えないのである。そこでこの点を確認するために、原点に立ち戻り除名ないし退社一般に関する規定の沿革に遡ってみよう。

我国の現行商法は、解散とは別個に独立の退社制度を設けているが（商法八四条、八五条、八六条、前掲明治四二一年大判の判示から明らかのように、これは昭和一三年改正前からとくに変更はない（昭和一三年改正前商法六八条、六九条、七〇条）。また民法も、組合について独立の脱退を認めている（民法六七八条、六七九条、六八〇条）。しかし、このような制度は普遍的なものではなく、少なくとも独仏法系においては珍しいことである。

たとえばドイツ民法は、一人の組合員の告知、死亡、または破産は原則として組合の解散を生ずるものとする（ドイツ民法七二三条、七二四条、七二七条、七二八条）。このような事由は、我国の制度と異なり、原則的には脱退原因とはされていないのである。ただし、組合契約で、これらの事由が生じたときは残存組合員間の組合として存続す

る旨を定めることを認め、その場合にはその事由の存する組合員の脱退を生ずるとの例外を認めているにすぎない（同七三六条、七三七条——鈴木祿彌編 新版注釈民法（四）一五二頁、一五九頁〔菅原菊志〕、古瀬村・前掲書三〇四頁）。また、合名会社および合資会社においても同様である。すなわち、個人的な退社を原則として認めず（ドイツ商法一三二条、一六一条）、ただ死亡、破産、解散告知の場合であつて、かつ、他の社員により会社を継続すべき旨の定款規定のあるときにかぎり、当該一社員の法定退社を定め（同一三八条）、また、他の社員に解散判決請求権を取得せしめるような「重大な事由」が「一社員につき」生じた場合にかぎり、解散判決に代えて当該社員の除名宣告をなしうる旨規定しているのである（同一四〇条。松岡正美・判批・立命館法学二七号一三八頁、古瀬村・前掲書三〇四頁。なお、同一四二条参照）。このような法律制度の下では、脱退（退社）、ひいては除名が解散回避すなわち会社継続のための制度であることは疑いの余地がないであろう。

これに対し、前述したとおり、我国の立法は民法上の組合、商法上の合名、合資会社ともに、解散とは別個の独立した脱退（退社）を認めている（ただし、昭和十三年改正前商法八三条においては、ドイツ法と同様の、解散と関連づけられた除名をも認めていた。したがつて、ドイツ法とは異なり、我国の民商法の立場は除名について会社継続を前提としていゝるものとは当然には言えない。むしろ、このこと自体を表層的に見れば、除名は解散とは別個独立の制度であるとの位置づけも不可能ではないであろう。しかし、それはあくまで規定の表層のみをながめた結果にすぎないのであつて、その当否を論ずるためには、次に何故ドイツと我国とで制度がこのように異なっているのか、その理論的根拠を確認する必要がある。

そもそも、組合を純粹な契約関係とみるときは、当事者の交替は常に契約当事者の変更であつて、それは必然的に組合の同一性の喪失という結果を生ずる（菅原・前掲書一五二頁、我妻・前掲書八二五頁）。このようなローマ法に由来する契約理論にもとづいて、ドイツ民法は独立の脱退を原則として認めない。同様に、合名会社について原則とし

て独立の退社を認めないことも「ローマ法以来の厳格な個人主義的契約理論に由来する」とされている(松岡(正)・前掲二三八頁)。ドイツにおいては、合名会社には法人格がなく組合の一種と解されているから(神戸大学外国法研究会編・現代外国法叢書⑥獨逸商法(1)二頁)、それはその意味では当然であろう(なお、松本・前掲書五五五頁は、合名会社を組合と同視する観念である、という)。これに対し、そのような考え方では、独立の脱退(退社)を認める我国の法制度を説明することは困難である。そこで、我国の民法の立場は組合を単純な契約関係と見ず、その「団体性」を認める、ないしは、重要視することの結果、解散とは別個独立の除名を認めているという説明がなされることになる(菅原・前掲書一五三頁、我妻・前掲書八二六頁)。

しかし、果たして「団体性」という言葉だけで十分な説明になっているのであろうか。「団体性」といつてもそれだけでは曖昧な概念であってそれが正当な説明概念たりうるかという問題が残る上に、合名会社および合資会社については、我国の商法はそれらに法人格を付与しており(商法五四条一項、昭和一三年改正前商法四二条、ただし、商法六八条)と規定していることから、条文上はその実質を社團(商法五二条、昭和一三年改正前商法四二条、ただし、商法六八条)と規定していることからすると、この「法人格」「社團」と右の「団体性」との関係が問題にならざるを得ない。

この点、組合と社團の関係をどのように捉えるかについては様々な見解があり、紙幅の制約上、ここで詳細に検討することはできない(松田二郎・株式会社の基礎理論六七頁、同「株式会社の社團法人性」株式会社法の理論一四頁、鈴木竹雄「会社の社團法人性」商法研究II一頁、田中(誠)ほか前掲コンメンタール三頁、上柳克郎ほか編・新版注釈会社法(1)三三頁〔谷川久など参照〕。しかし結論のみを述べることが許されるならば、「人々の意思的な関係」としての「出資をなして共同事業を営む契約」が組合であり、他方「共同事業をなそうとする個人が事業の相手方である第三者に対し(中略)第三者対団体自体、団体対構成員個人という関係を持つことを意思内容の中に含むかぎり、社團性があり、社團は「個人の事業関係を、対外関係と対内関係との二段階に構成するための社会的技術」であって、組合と社團とは相互排

斥的なものではないとの見解（倉澤康一郎「營利社団法人の意義」会社法の論理一六頁）が妥当であると考えられる。かかる見解に立つと、民法上の組合のみならず、商法上の合名、合資会社も組合契約を基礎として成立しているとみることができ（商法六八条はそれを前提とした規定であると思われる）、さらには合名、合資会社のみならず民法上の組合についても社団成立の可能性を認めることができよう。そうすると、独立の脱退（退社）を認める我国の立法の立場は、民法上の組合、商法上の合名、合資会社ともに組合契約の結果社団が形成されることを前提とし、社会的技術たるその社団の社会的な主体性に法律上も一定の意味を認めたもの（あるいは、かかる社団に個々の組合員を越えた独立の意義を認めたもの）と評価できるのではなからうか。すなわち、成立の段階においては、組合契約が主であり、その結果社団が形成されるにすぎない。しかし、一旦成立した以上は社団が社会的な主体たる地位を取得するに至り、逆に消滅の場面においては、その基礎たる組合契約が一部の当事者との関係で維持できなくなっても、理論的には、その結果形成された社団は消滅するものではない、と解するわけである。

前述したように、組合を純粋な契約関係とみるかぎり、当事者の交替は常に契約当事者の変更であつて必然的に組合の同一性を喪失する（菅原・前掲書一五二頁、我妻・前掲書八一五頁）と考へざるを得ない。ローマ法以来のこのような考へ方を貫くとすると「組合の団体性」との觀念を認めることは矛盾である。むしろ、組合以外の団体がそこに存在し、その存在を評価しているものとするのが事柄のすじであろう。まさにその団体が社団なのである。また、かりにそのように考えられるとすれば、その社団が「法人」か否かは何らこの場合の結論に影響を及ぼさないことにならう。ただし、そのような社会的主体たる社団の存在を前提として、これに対して「法形式」を「整序する」（倉澤・前掲書一六頁）ために付与されるものが法人格にすぎないからである。

ただし、このように社団に独立の意義を認めうることは、その維持を図るといふ選択肢を採るといふことが理論上可能となるだけで、それを当然に図るべしということにはならない。言うまでもなく、ある法制度の採用

が可能か否かと、それを採用すべき必要性があるということとは別次元の問題である。そのためにはもう一段の論理が必要である。この点については、一組合員の脱退が常に組合の解散を招くとしたら、事業の継続を欲する他の組合員や組合債権者にとって不利益であることを背景とする、共同事業の維持を図るべしとの思想に基づくものと考えられないだろうか（菅原、前掲書一五九頁参照）。これに対して、合名会社において独立の除名を認めることの正当性を、我國の合名会社が法人であることおよび企業の維持を図り経済上の不利を防ぐことに求める見解があるが（鳥賀陽然良ほか「商法改正案を評す」(4) 法学論叢三四卷四号六五七頁、古瀬村・前掲書三〇五頁、なお、田中（誠）・前掲提要二〇八頁は「会社事業の永續性の目的に叶ひ経済上の不利を防ぐ上に於て適當である。」と述べる）、それは必ずしも民法上の組合にはあてはまらないので採ることはできない。民法上の組合には法人格はないし、また民法上の組合は企業であるとはかぎらないのである。民法上の組合にも独立の脱退が認められている以上、根拠は両者に共通するものでなければならぬ。ただし、右の見解が述べる「企業の維持」を商法上の概念とは理解せず、広く「共同事業の維持」との趣旨に理解すれば、民法上の組合にもあてはまらう（民法六六七条一項参照）。

たしかに、共同事業維持の目的から直ちに組合契約の結果形成される社団自体の維持ということが論理必然的に出てくるわけではない（組合員の一人が営業を引き受けるという方法により、事業を継続することも可能である——ドイツ商法一四二条が、しかし、団体を消滅させてしまふと事業維持が図られるとはかぎらないこと、および事業の維持を図るならその主体を変動させるべきではないことから社団自体の維持を図っているのである。このことは、我國の商法がドイツ商法一四二条のような規定を置いていないことから推断されえよう。すなわち、ドイツにおいては、前述のとおり、合名会社の社員の一人名について解散事由がある場合、裁判所は申立てによってその者のみの退社を認めることができる（同三三八条ないし二四一条）。しかし、それは社員が三名以上の場合にのみ可能である。社員二名の会社においては解散せざるを得ない。社員一名の合名会社はドイツにおいても認められないのである。そ

こで、その場合にも營業の繼續を認めようとして、社員二名の合名会社の場合には会社の解散を生ずるものの、解散事由のない社員が營業を引き受けることができる規定したのである（同一四二条。以上の点につき、前掲現代外国法典叢書六九頁）。そうすると、もし我國の立法が右のドイツのような法制を採用しているとすれば、まさにその事業形態とは関係なく、「共同事業」そのものの維持を図っているとみられよう。しかし、我國の立法はそうではなく一般に独立の脱退（退社）を認めているのである。したがって、我國の立法の立場では組合ないし合名、合資会社という事業形態自体を保護することによって共同事業を維持しようとする趣旨が読み取れるのである。

以上のように考えると、前記の④については理論的には大審院の立場は是認されうることとならう。

4 次に前記②の点、すなわち昭和一三年商法改正により、除名が会社繼續を前提とするということがどのように影響を受けるに至ったか、について考えなければならぬ。前述したように同年の商法改正により会社繼續の制度は大きく変わり、合名会社において社員が一名になっても新たな社員を加えて会社を繼續できることになった（現行商法九五条二項、なお一六二条一項）。この改正により、会社の解散が生ずるといふ理由で除名を否定する必要はなくなつたと言える（古瀬村・前掲書三三八頁、林康平・本件判批・金商九一〇号四二頁）。そうであれば改正法の下では、除名を肯定しても社団に独立の意義を認め事業繼續を可能にしようとした趣旨に反するものではない。よって、前記②の点についても本判決の立場は基本的には是認されうることにならう。

もっとも、会社の繼續が認められたとはいっても、それはいったん解散し清算段階に入ったのちに新たな社員を加入させることによってその復活を認めるものである。その意味では「繼續」といっても、その抽象的な可能性があるにすぎず絶対的に会社の消滅を生じないというものではない。そうであるとすれば、繼續の可能性があるというだけで社員二名の場合に除名が認められるということになると、前述したような趣旨に反する可能性が生じえよう。したがって社員二名の場合に除名が認められるとしても、具体的に加入が予定されている（あるいは、その蓋然

性が高い場合でなければならぬとの解釈も不可能ではないであろう(ただし、条文上の基礎を欠く)。かりにそのような解釈を採用すべきだとしても、本件ではIの加入が審議されていたのであるから、そのような要件を充たすことは疑いを容れない。

5 以上のように、本判決の立場(および前記大審院の立場)は、理論的には肯定されることと思われるが、実際の結果としても妥当なものとなるであろうか。社員二名の会社で除名を肯定するか否かで結果がどのように異なるか、昭和一三年改正前の場合を含めて一応検討しておきたい。

最初に昭和一三年改正前についてであるが、除名を肯定した場合にはどうなるか。この場合社員が一人となることにより、結局のところ合名会社は解散することとなり(昭和一三年改正前商法七四条二号)、しかも現行商法九五条二項のような規定はなかったため、会社の消滅に向けて清算手続を行わざるをえない。ただし、任意清算の方法によることが可能であったので(現行商法一七条一項は、昭和一三年改正法により挿入された規定である。上柳克郎ほか編・新版注釈会社法(1)四七一頁「米沢明」、田中耕太郎・改正商法及有限会社法概説一一四頁)、定款の定めまたは総社員の同意により清算手続を行うこととなる。それ故に、最後まで残った一人の社員が自由に清算手続を行うこととなろう。退社した社員は関与することができない。その場合、営業譲渡を行うことも可能であり(松本丞治・会社法講義一五〇頁)、そうすると自らが営業譲渡を受けて営業を承継するという形で事業を継続することが可能であったと思われる(民法上の組合について、このことを明確に述べるものとして、国歳胤臣「組合員の交替」契約法大系V一七九頁)。

逆に、除名を否定する立場に立つとどうなるか。この場合、①そのまま会社を継続するか、②除名請求をした社員が任意退社するか(除名請求の対象となつた社員の任意退社は期待できない)または③会社を解散せざるを得ない。しかし、①事実問題として、割り切れない感情を持つ社員間で会社の存続運営が支障なく行われるかは疑問である(改正後のものであるが、このことを指摘するものとして、大野(寛)・前掲一一四頁)。また、②除名請求をした社員の任意退社も

期待できないのが通常であろう（かりにそれが期待できたとしても、問題のある社員の強制退社を拒否して問題のない社員の任意退社によって問題を解決するのが妥当か否か疑問である）。そうすると、③解散の方法によるしかない。これによる場合には(1)二人の同意が得られるか否か（昭和十三年改正前商法七四条二号、現行商法九四条一号）、また(2)解散判決（昭和十三年改正前商法八三条本文、現行商法一一二条一項）によるとして、直ちにその要件が充たされればはかぎらない（前述したように本件判決の当事者間においては、解散判決は棄却されている——山形地裁酒田支部判昭和六〇年一月三十一日判時一一五八号（三五頁）という点は、暫く措くとしても、もし解散したとすると、会社を清算せざるを得ない。この場合には、前述したように現行商法一一七条二項のような規定はなかったため定款または総社員の同意により任意清算することとなる。しかし、深刻な対立関係にある二名の社員が清算手続に関与することを考えると、前述のような営業譲渡の方法が考えられるとしても、営業譲渡につき二人の意見が一致することは通常ありえないと思われる。そのため、どちらか一方に営業譲渡をするという形で事業自体を継続させることは不可能とならう（なお、国歳・前掲一七九頁は、民法上の組合について、財産の換価の必要性という点から、二人組合の場合には事業の終了解体をもたらすという）。

では、昭和十三年改正後の現行法の下ではどうか。まず、除名を肯定する立場では、前述したように、除名したとしても会社継続の可能性を認めており（商法九五条二項）、会社が消滅するとはかぎらない。次に、かりに会社が清算手続を進めるとすると、改正法は一一七条二項の規定を新設し、法定清算によるべきことを定めているため、残った一人の社員が常に営業を引き継ぐことができるとはかぎらないが、営業譲渡はその一名の社員の同意で可能である（同一二七条）。いずれにしても、除名された社員がそれに関与できないことに変わりはない。

これに対し、除名を否定する立場に立つと昭和十三年改正前について前述したのと同様の方途があるが、会社の継続および任意退社が困難であり、解散（それが理論上実際上可能かどうか問題であることは改正前と同様である）によらざるを得ないことは改正前と同様である。そして、解散した場合には、前述のとおり、現行法の下では法定清算によら

ざるを得ない(同一二七条二項)。この場合、基本的には清算の手続自体は除名を肯定した場合と同様であるが、決定的な相違は、二名の社員がともに清算手続に関与するため営業譲渡が著しく困難になるという点である。ただし、現行法下において営業譲渡は、社員の過半数の決議においてこれをなしうるとされているが(同一二七条)、社員二名の合名会社の場合にはその意見の一致が必要だからである(この点では、昭和一三年改正前と結論的には同じである)。

以上のように考えると、昭和一三年改正前の判例については合名会社という事業形態の維持という点ではともかく、その根底に事業それ自体の継続ということを考えるならば、除名を認めたほうが妥当であつたと評価する余地があろう。ただし、除名を否定しても結局正常な会社運営ができると思われず、その場合解散ということになる。事業の維持は不可能または著しく困難となるからである。また、現行法の立場においては、①会社継続の可能性があること、②会社が消滅するとしても個人としての事業承継の可能性があること、の二点において除名を肯定するほうが事業維持に資することとなる。

したがって、実際の結果を考えてみた場合、独立の退社を認める趣旨の根底に、事業それ自体の継続ということを描定するとすれば、昭和一三年改正前の大審院の判例の立場は、疑問とする余地がないとは言えないが、本件判決の立場は、いずれにせよ妥当であると評価できる。

6 以上をまとめると、社員二名の合名会社において、会社が社員のうちの一名の除名を裁判所に請求することができるということについて積極に解するのは、少なくとも昭和一三年改正後においては理論上も結果の上でも妥当であり、その意味で本件判決の立場には賛成しうる。

二 「其ノ他重要ナル義務ヲ尽サザルコト」の意義

1 社員二名の合名会社において社員の除名が認められるとしても、次に本件判決の事案において、商法八六条一項五号の具体的な除名事由があるか問題となる。この点、同項の「其ノ他重要ナル義務ヲ尽サザルコト」とは、

「社員に重要な義務違反あるとき」と解するのが判例・通説である（昭和一三年改正前商法七〇条五号につき、大判大正七年七月一〇日民録二四輯一四二二頁、松本丞治・判批、法協三七卷三号一四八頁、現行商法八六条一項五号につき、福島地会津支判昭和四二年八月三一日下民集一八巻五〇六号一七二頁——ただし、代表権および業務執行権喪失の事例——、古瀬村・前掲書三二〇頁など）。すなわち、故意、過失により客観的に「重要な義務」を怠ったことではなく、同条の文言に反する嫌いはあるが主観的情状を斟酌して義務違反自体の軽重の程度を基準とするのである。かかる判例・通説の立場に立つと、①どのような「義務」に違反したか、ということと、②その義務違反が重要なものであるか、ということとの二つの点が問題となる。

2 まず、本件事案においてはどのような義務違反があるのか。

第一に、本件判決はYはXの業務執行を全くしていないとして商法七〇条違反を認めている。しかし、裁判所は他方でそのことについてXもあえて異議を唱えなかったとの事実、AおよびIらにおいてYがXの業務執行に関与することを次第に敬遠するようになってきた事実ただし、これは元はといえばYの適切さを欠く言動が原因をなしていると思われる、という）ならびに、Yが業務執行をなす意思を有していなかった事実を認定している。これらの事実からすれば、Yが業務執行をしないことについてAY間に事実上の合意ができていたと評価できよう。

かりにそのように評価できるとすれば、Yに商法七〇条違反があるとは言えないのではないだろうか。なぜなら、商法七〇条は、定款に別段の定めのないかぎり社員に業務執行の義務を課しているが、定款変更は総社員の同意によつてなすものであるところ（同七一条）、たとえ定款変更の形式が践まれていなくても、総社員の合意があれば同様と考えてよいからである。また、定款変更の「定款」とは会社の組織活動に関する基本的規則それ自体を指す（多数説・米沢・前掲書二二三頁参照）ものであり、定款変更において要求される「総社員の同意」の方式は、社員総会等を必要とするものではなく、格別の規定はない（米沢・前掲書二三六頁）。したがって、かかる場合には、事情によっては

定款変更があったと評価する余地もなければならぬ。いずれにしても、このような場合を商法七〇条違反とすることはあまりに形式論理的であり、その意味で本判決の立場には賛成しがたい。

第二に、裁判所は、解散の訴の提起について善管注意義務(商法六八条、民法六七一条、六四四條)違反を認めている。民法六七一条は、業務執行組合員について、受任者の委任事務処理上の善管注意義務(民法六四四條)を準用しているから、組合(したがって、合名会社)においては、業務執行組合員(したがって、業務執行社員)が、業務執行行為を善良な管理者の注意をもって行うべきであると定めているということになる。つまり、判例は、解散の訴の提起を業務執行行為とみていると考えられる。

しかし、解散の訴の提起を合名会社の業務執行と解することは困難ではなからうか。ただし、解散は会社の法人格消滅を来す原因である法律事実であり(上柳克郎ほか編『新版注釈会社法』(1)三三三頁[平出慶道])、会社の存続を前提とする業務執行と評価することはできないからである。実際、「業務執行とは会社事業に関する事務を処理すること」であって「会社の解散のような会社の基礎に関する行為は含まない」(加美和照・新訂会社法第四版四三二頁、米沢・前掲書二二三頁)と解されており、そうであれば解散の訴提起を善管注意義務違反とする本判決の立場は疑問と言わざるを得ない。

第三に、判決文が間接事実?と捉えている(あるいは、Xの主張しない主要事実か?)山形銀行丙川支店長に対して改印の手紙を出した行為については、善管注意義務違反となるものと考えられる。ただし、YA間において前述のようなYが業務執行を行わないとの合意があれば、定款変更と評価できる限度において無権限となるわけであって、しかもその無権限を会社が第三者に対抗できないとすれば会社に効果が及ぶ限度において義務違反を認めることができる。かりにそのような評価が不可能であるとしても、もう一人の社員たるAに対して何ら協議することなく独断で行っているからである(商法六八条、民法六七〇条二項参照)。結局、この点についてのみ、Yに義務違反が認めら

れるべきこととなる。

3 次に、かかる義務違反が重要なものか否か。しかし、一般にどのような行為が重要な義務違反に該当するか、そのメルクマールは判例・学説上、必ずしも明らかではない。前掲大判大正七年七月一〇日は、会社がまだ解散していないのに、顧客に対し会社は既に解散して目下整理中なので機械の注文は自らの自宅等に宛ててするようにとの案内状を郵送した事案について、その当時、その社員以外の全ての社員が会社を解散するほかないと考えており、まず営業を中止することとして工場を閉鎖し、職工を解雇し、その社員に対し会社と同種の営業をなすことを許諾した事実さえあり、そのために、その社員は鉄工の技術を有するが深く事理に通じていなかったたので、会社は既に解散したものと即断して、会社の顧客に対し前記のような案内状を郵送した事案である。これについて、裁判所は重大な違反にならないと判示している。また、前掲福島地会津支判は「（会社）経営が放漫に流れ、ついには会社を事実上倒産させ、更にその債務整理に関しても種々の不手際をなしたこと、殊に経理面が杜撰なため会社の規模に比して不相応に多額の使途不明金（役員仮払金）を出した上、その経理に関して種々の疑点を抱かれたまま現在に至つてもその合理的な釈明をなし得ないこと、また早急にその解決を迫られている債務の整理についても実現性のない整理案を作成し、これが会社の債権者に受け容れられないまま殆どなすところなく今日に至り、その遅延損害金に関する分のみでも会社に日々相当額の損害を与えている」との事実がある場合に重要な違反に該当する旨判示している（ただし、前述したように、代表権および業務執行権喪失の事案）。しかし、いずれの判決も「重要」性の判断基準を示していない。

おもうに、除名制度が認められている所以は、合名会社が社員相互間の信頼関係を基礎としている以上、それが破綻するに至つた場合には同一の構成員においては既に共同事業を行うことが不可能または著しく困難となる点に求められる（古瀬村・前掲書三一七頁。なお、前掲大判昭和八年六月一〇日民集二二卷一四号一四二六頁、前掲大決大正二二年一月二

○日民集二卷八頁參照。合名会社は社員の人的信用を基礎とする会社であるから、社員の中にその信用を破壊する行為をなす者がある場合には、これを会社から排除する途がなければならぬ（大隅¹¹今井前掲書九六頁）との見解もあるが、この「人的信用」が社員の対外的、経済的信用との意味であるとすれば妥当でない。ただし、除名事由とされているものは社員の対外的、経済的信用とは関係のないものだからである（西原寛一「社員の除名の事由」商法研究第二卷四二九頁參照）。そうであるとするれば除名原因としての「重要な」義務違反も社員間の信頼関係を基礎にして考えざるを得ない。すなわち、「重要」性の有無は、当該義務違反によって社員間の信頼関係を破綻させ会社継続を不可能または著しく困難とさせるようなものか否かとの観点から判断すべきである。本件判決も「AとYとの感情的対立は激しく、その信頼関係は完全に破綻し、両名が一致協力してXを継続することはもはや困難であるといわざるをえ」ないと述べているが、これはかかる考え方に基づくものであろう。

4 次に、実際の判断にあたっては、法文の文言からすれば個々の義務違反についてそれが重要なものか否か判断すべきもののように思われるが、むしろ問題とされる社員の義務違反行為を全体的に評価して重要かどうか判断すべきである（前記各裁判例參照）。ただし、除名は個々の行為に対する民事上の責任を問うものではなく、結局のところ、義務違反行為の内容からある社員と他の社員との間の信頼関係が失われたか否かの判断にもとづくべきものだからである。また、そのように考えないと、一つ一つは些細な行為でありそれ自体重要な義務違反とはいえないが、それらが積み重なることにより社員間の信頼関係を失わせるに至った場合にも、その社員を除名できないこととなって不都合であらう。

そこで、本件判決の事案を検討すると、前述したように、Yの義務違反行為とみうるのは山形銀行丙川支店長へ手紙を出した行為のみである。この事実のみではYA間の信頼関係を喪失させるとは言えないことは明らかであらう。その意味で本件判決は、その理論構成のみならず、結果自体にも賛成しがたい。

ではかりに、本件判決のように業務執行行為の不従事や解散の訴を提起することを義務違反と捉える場合にはどうか。まず業務執行行為の不従事をこれに含めて考えてみると、義務違反となるか否かというところで指摘した諸事実やYとA（およびD、E等）の対立関係等を考えると、それによって信頼関係を失わせる程度のものと言えるか、甚だ疑問である。前掲福島地会津支部の判決の事案ほど重大とは思えないし、むしろ、他の社員の側にもそれを認容していたような事実があるという点において、前掲大判の事例と共通性を持つのではなからうか。したがって、業務執行行為の不従事を加味して考えてみても、解散事由ありとは言えないものと考ええる。次に、解散の訴の提起を併せ考慮するとどうであろうか。この点については微妙であるが、Yが解散の訴を提起したのに対抗するようにしてAがXの代表者社員として本件訴訟を提起したことからすれば、信頼関係を喪失させる程の重要な義務違反行為と評価できるものと言えよう（むしろ、解散の訴を提起したことのゆえに、信頼関係が破壊されたと言える）。そうすると、本件判決のように、これを義務違反と捉える場合にはその結果は是認されることとなると思われる。

5 たしかに、本判決の述べるようにYとA間には信頼関係が喪失しているようである。しかし、それはYの義務違反によるものではない。商法は信頼関係を喪失したことそれ自体を除名事由としているのではなく、あくまで、重要な「義務」違反を要件としているのである。この点、本件のごとき「会社経営には何らの問題はなく、同族内での私的な感情がからんだ利害の対立」のある事例では、「両当事者の利害関係を慎重に考慮」することが必要であり、YとAと比較した場合、Yの除名を認めるとの結論は妥当であった、との見解もある（林（康）前掲四四頁）。しかし、法が義務違反を要件としていることにかんがみれば、もし右の見解がYとAとの利益状況を比較することだけによって結論を引き出そうとする趣旨であるとすれば、それは条文を離れた解釈論と言わざるを得ないであろう。法は社員間の対立を念頭に置いた上で、特定の社員を会社から無理矢理追い出すには、その者の重要な義務違反行為が必要との利益衡量を行っているのである。よって、立法論としてならともかく（烏賀陽ほか・前掲六六三頁は、

「義務違反とは言えなくても除名を可とする程度の不信的行為があり得る」として、立法論として、「其他重要な事由あるときとする方が包括的でよい」とする)、解釈論としてはかかる見解には疑問がある。本件ではたとえY A間で信頼関係がなくなっているとはいっても、Yを一方的に追い出すのは妥当ではなく、解散によるべき事案として請求を棄却すべきであったと考える(処分権主義により、本件の受訴裁判所は解散判決をなしえない)。もっとも、前述のとおり、本件当事者間では既に解散請求が棄却され、しかも控訴審においてYが訴を取り下げたことから、再訴の途は原則として閉ざされてしまっており(民事訴訟法三三七条二項)、その意味では、紛争解決という裁判所の実践的な役割からして、除名を肯定する途しか残されていなかったものであろうか。

(鈴木 達 次)